

РЕШЕНИЕ № 223ФЗ-71/20

по результатам рассмотрения жалобы ООО «ОЗТМ» на действия (бездействие) заказчика при закупке товаров, работ, услуг в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»

28.01.2020 Москва

Комиссия Федеральной антимонопольной службы по контролю в сфере закупок в составе:

«»

рассмотрев жалобу ООО «ОЗТМ» на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, № 7732/ОАЭ-ДКРС/19 на право заключения договора на поставку инженерного и технологического оборудования на объекты строительства ОАО «РЖД» (извещение № 31908579026), в соответствии со статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции),

У С Т А Н О В И Л А:

В ФАС России поступила жалоба ООО «ОЗТМ» (далее — Заявитель) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (далее — Заказчик) при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, № 7732/ОАЭ-ДКРС/19 на право заключения договора на поставку инженерного и технологического оборудования на объекты строительства ОАО «РЖД» (извещение № 31908579026) (далее – Аукцион, Жалоба).

Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках) устанавливает общие принципы закупки товаров, работ, услуг и основные требования к закупке товаров, работ, услуг юридическими лицами, указанными в части 2 статьи 1 Закона о закупках.

В соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган рассматривает жалобы на

действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной комиссии или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов либо в случае, если торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, признаны несостоявшимися, а также при организации и проведении закупок в соответствии с Законом о закупках.

При этом в соответствии с частью 17 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции при рассмотрении жалобы по существу комиссия антимонопольного органа рассматривает обжалуемые акты и (или) действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей.

Согласно части 1 статьи 2 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, Законом о закупках, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также принятыми в соответствии с ними и утвержденными с учетом положений части 3 статьи 2 Закона о закупках правовыми актами, регламентирующими правила закупки.

Закупочная деятельность Заказчика регламентируется Положением о закупке товаров, работ, услуг для нужд ОАО «РЖД», утвержденным решением Совета директоров ОАО «РЖД» (далее – Положение о закупке).

В соответствии с частью 5 статьи 4 Закона о закупках при осуществлении закупки, за исключением закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) и конкурентной закупки, осуществляемой закрытым способом, в единой информационной системе размещаются информация о закупке, в том числе извещение об осуществлении конкурентной закупки, документация о конкурентной закупке, за исключением запроса котировок, проект договора, являющийся неотъемлемой частью извещения об осуществлении конкурентной закупки и документации о конкурентной закупке, изменения, внесенные в эти извещение и документацию, разъяснения этой документации, протоколы, составляемые в ходе осуществления закупки, итоговый протокол, а также иная информация, размещение которой в единой информационной системе предусмотрено настоящим Федеральным законом и положением о закупке, за исключением случаев, предусмотренных частями 15 и 16 статьи 4 Закона о закупках.

В соответствии с извещением об осуществлении закупки,

документацией о закупке, протоколами, составленными при определении поставщика (подрядчика, исполнителя):

1.

1.

1. Извещение о проведении Аукциона, аукционная документация (далее — Извещение, Документация) размещены в ЕИС – 27.11.2019;
2. Начальная (максимальная) цена договора – 198 694 381,48 рублей;
3. Дата окончания подачи заявок — 13.12.2019;
4. Дата рассмотрения первых частей заявок — 26.12.2019;
5. Дата проведения торгов – 27.12.2019;
6. Дата рассмотрения вторых частей заявок — 16.01.2020;
7. Дата подведения итогов Аукционов — 16.01.2020.

На участие в Аукционе подано 3 заявки, из которых к участию в Аукционе допущено 2 заявки.

В ходе рассмотрения Жалобы от 23.01.2020 Комиссией ФАС России в целях полного и всестороннего рассмотрения Жалобы объявлен перерыв до 28.01.2020.

Из Жалобы следует, что при проведении Аукциона Заказчиком нарушены права и законные интересы Заявителя, поскольку Заказчиком принято неправомерное решение об отказе в допуске Заявителю к участию в Аукционе.

Представитель Заказчика с доводом Жалобы не согласился и сообщили, что при проведении Аукциона Заказчик действовал в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации, Положением о закупке и Документацией.

Рассмотрев представленные материалы, выслушав пояснения представителей Заказчика, Комиссия ФАС России установила следующее.

1. Согласно доводу Жалобы Заказчиком принято неправомерное решение об отказе в допуске Заявителю к участию в Аукционе.

В соответствии с частью 6 статьи 3 Закона о закупках не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам,

услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Требования, предъявляемые к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора, критерии и порядок оценки и сопоставления заявок на участие в закупке, установленные заказчиком, применяются в равной степени ко всем участникам закупки, к предлагаемым ими товарам, работам, услугам, к условиям исполнения договора.

Пунктом 3.7.3.1 Документации установлено, что участник не допускается к участию в Аукционе в случае, непредставления определенных аукционной документацией документов и/или предоставления информации об участнике аукциона или о товарах, работах, услугах, закупка которых осуществляется, не соответствующей действительности.

В соответствии с протоколом рассмотрения первых частей заявок от 14.01.2020 № 7754/ОАЭ-РЖДС/19/1 участнику № 1 (Заявитель) отказано в допуске к участию в Аукционе на основании пункта 3.7.3.1 Документации о закупке в связи с предоставлением информации, не соответствующей действительности, а именно «информации о производителе оборудования, указанной в приложении № 1 к техническому предложению (позиция 11 пункта 1.1), что подтверждается сведениями, полученными в соответствии с пунктом 3.7.11 документации о закупке».

На заседании Комиссии ФАС России представитель Заказчика представил материалы, заявку Заявителя и сообщил, что Заявителем в составе своей заявки указана недостоверная информация о производителе поставляемой продукции по позиции № 11 приложения № 1.1.1 Документации «Очиститель высокого давления в комплекте с поворотной стрелой, металлической трубкой и шлангом высокого давления (HD 9/18-4 ST-H)».

Также представитель Заказчика сообщил, что по позиции № 11 «Очиститель высокого давления в комплекте с поворотной стрелой, металлической трубкой и шлангом высокого давления (HD 9/18-4 ST-H)» в техническом предложении Заявителя указан производитель ООО «Кристофер».

При этом представитель Заказчика представил от производителя ООО «Кристофер» письмо с запросом является ли ООО «Кристофер» производителем «Очистителя высокого давления в комплекте с поворотной стрелой, металлической трубкой и шлангом высокого давления (HD 9/18-4 ST-H)».

Представитель Заказчика представил ответ ООО «Кристофер» согласно которому, ООО «Кристофер» не является производителем «Аппарата высокого давления Karcher HD 9/18-4 ST-H».

Согласно приложению № 1.1.1 Документации, Заказчиком по позиции № 11 установлено требование к поставке «Очистителя высокого давления в комплекте с поворотной стрелой, металлической трубкой и шлангом высокого давления (HD 9/18-4 ST-H)».

При этом на заседании Комиссии ФАС России представитель Заявителя представил письмо от производителя ООО «Кристофер» согласно которому ООО «Кристофер» является производителем «Очистителя высокого давления в комплекте с поворотной стрелой, металлической трубкой и шлангом высокого давления (HD 9/18-4 ST-H)».

Изучив представленные письма, ФАС России, в целях объективного и всестороннего рассмотрения жалобы, а также в целях устранения выявленных противоречий направлен запрос от 24.01.2020 № 17/4331/20 производителю ООО «Кристофер».

Из ответа производителя ООО «Кристофер» следует, что «Очиститель высокого давления в комплекте с поворотной стрелой, металлической трубкой и шлангом высокого давления (HD 9/18-4 ST-H)» и «Аппарата высокого давления Karcher HD 9/18-4 ST-H» являются разными оборудованиями, которые полностью отличаются друг от друга, как техническими характеристиками, так и комплектностью оборудования. При этом ООО «Кристофер» является производителем и может поставить оборудование согласно требованиям технического задания.

Таким образом, представленное в составе заявки Заявителя оборудование полностью соответствует наименованию оборудования указанного в приложения № 1.1.1 Документации, а также письмом производителя ООО «Кристофер» подтверждена возможность поставки закупаемого оборудования.

Вместе с тем, Комиссия ФАС России установлено, что из пункта 1.7.1.2 Документации следует: *«Участник должен являться производителем либо обладать правом поставки, предоставленным производителем, по позициям, отмеченным в приложении № 1.1.1 к аукционной документации. В случае участия в закупке нескольких лиц на стороне одного участника, соответствие квалификационному требованию рассматривается в совокупности на основании информации, представленной в отношении лиц, выступающих на стороне участника.*

В подтверждение того, что участник является производителем оборудования либо обладает правом поставки оборудования,

предоставленным производителем по позициям, отмеченным в приложении № 1.1.1 к аукционной документации,

участник в составе заявки должен представить:

- документ, подготовленный в соответствии с Formой сведений о праве поставки оборудования, представленной в приложении № 1.3 к аукционной документации о праве поставки оборудования;

и

- информационное письмо, иной документ, подтверждающий, что участник является производителем;

или

- информационное письмо, иной документ выданный производителем, и/или дилерский договор с производителем оборудования с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему о праве участника осуществлять поставку оборудования;

или

- договор с дилером/поставщиком или иной документ, выданный участнику дилером/поставщиком, с приложением копии договора с приложением всех листов договора, приложений и спецификаций к нему, заключенного между дилером/поставщиком и производителем, и/или информационных писем, иных документов, выданных производителем дилеру/поставщику о праве участника осуществлять поставку товаров.».

Вместе с тем, участник Аукциона может не являться производителем товара *по предмету Аукциона*, и не иметь договорных отношений с производителем такого товара, при этом ранее осуществляя поставки иного товара надлежащим образом в соответствии с требованиями договора поставки, не обладая документально подтвержденным правом поставки такого оборудования.

Кроме того, в отсутствие обязанности производителя/дилера товара как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о представлении, в срок до окончания подачи заявок на участие в Аукционе, подтверждающих документов о том, что участник обладает правом поставки товара по предмету Аукциона, возможность участников закупки подать заявку на участие в Аукционе в соответствии с вышеуказанными требованиями Документации всецело зависит от волеизъявления третьих лиц – производителя/дилера/поставщика, его официального представителя, что ограничивает возможность участия в

Аукционе.

Учитывая изложенное, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика, установившего к участникам Аукциона неправомерные требования о том что участник Аукциона должен являться производителем либо обладать правом поставки, ограничивают количество участников Аукциона, противоречат подпункту 2 пункта 33 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают пункт 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которых предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Вместе с тем, Комиссия ФАС России изучив представленные сведения, заявку Заявителя, Документацию, приходит к выводу, что действия Заказчика, неправомерно отклонившего заявку Заявителя, противоречат требованиям Закона о закупках, поскольку в составе заявки представлена информация о производителе товара, требующего Заказчиком в Документации.

Таким образом, действия Заказчика, выразившиеся в неправомерном отказе Заявителю в допуске к участию в Аукционе противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 6 статьи 3 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 8 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Учитывая, что текст Жалобы содержит указание на пункт 1 части 10 статьи 3 Закона о закупках Комиссией ФАС России выявлены следующие нарушения.

2. Согласно пункту 3.18.6 Документации, при выборе способа обеспечения исполнения договора в форме банковской гарантии участник должен представить банковскую гарантию, выданную одним из банков, указанных в перечне банков, представленном на сайте ОАО «РЖД» в разделе «Тендеры» (подраздел «Нормативные документы»). Участником может быть согласовано с заказчиком предоставление банковской гарантии иным банком, не указанным в перечне. Согласование осуществляется в порядке, предусмотренном пунктом 3.18.8. Документации.

Пунктом 3.18.8 Документации установлено, что победитель или участник, сделавший предпоследнее предложение о цене (в случае если победитель признан уклонившимся от заключения договора и принято решение о его заключении с участником, сделавшим предпоследнее

предложение о цене), единственный участник, допущенный к участию в аукционе (в случае если принято решение о заключении договора с таким участником), согласовывает банковскую гарантию с заказчиком, направив проект банковской гарантии либо банковскую гарантию заказчику. Победитель, участник аукциона, с которым принято решение заключить договор, вправе инициировать процедуру согласования банковской гарантии с даты размещения итогового протокола на сайтах.

Вместе с тем, возможность участия в закупке с учетом указанных положений Документации зависит от волеизъявления Заказчика, которое может применяться не в равной степени ко всем участникам закупки, что ограничивает количество участников Аукциона.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные положения Документации, ограничивают количество участников закупки, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

3. Пунктом 3.7.10 Документации установлено, что Заказчик вправе до подведения итогов аукциона в письменной форме запросить у участников аукциона информацию и документы, необходимые для подтверждения соответствия участника, товаров, работ, услуг, предлагаемых в соответствии с заявкой такого участника, предъявляемым требованиям, изложенным в аукционной документации. При этом не допускается изменение и (или) дополнение заявок участников.

Вместе с тем, возможность участия в Аукционе с учетом указанного положения Документации зависит от волеизъявления Заказчика, поскольку применение Заказчиком права запрашивать дополнительно информацию может применяться не в равной степени к участникам закупки, что ограничивает количество участников Аукциона.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанные положения Документации, ограничивают количество участников закупки и противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают часть 1 статьи 2 Закона о закупках.

4. Пунктом 3.19.1 Документации установлено, до заключения договора лицо, с которым заключается договор по итогам аукциона, предоставляет через ЭТЗП сведения о своих владельцах, включая конечных бенефициаров, с приложением подтверждающих документов в электронной форме. В случае непредставления указанных сведений и

документов победитель, иной участник, с которым заключается договор, считается уклонившимся от заключения договора.

При этом в соответствии с пунктом 386 Положения о закупках установлено, что в случае непредставления Заказчику победителем, иным участником, с которым заключается договор, в срок, установленный в документации сведений в отношении всей цепочки собственников, включая бенефициаров (в том числе конечных), и о составе исполнительных органов, с подтверждением соответствующими документами, победитель, иной участник считаются уклонившимися от заключения договора.

Вместе с тем, Документация не содержит сведений о конкретных сроках предоставления сведений о владельцах участника Аукциона.

Кроме того, в случае если участником Аукциона, с которым принято решение заключить договор, или его совладельцем является акционерное общество, акции которого свободно торгуются на рынке ценных бумаг, предоставление актуальных сведений в отношении всей цепочки собственников, включая бенефициаров (в том числе конечных), и о составе исполнительных органов, с подтверждением соответствующих документов, не представляется возможным, поскольку присутствует вероятность непредсказуемых изменений держателей акций.

При этом представление сведений о своих владельцах, включая конечных бенефициаров, до заключения договора по итогам проведения закупки не влияет на исполнение обязательств по договору, а также не является подтверждением надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам закупки.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанное требование в Документации, которое может повлечь ограничение количества участников закупки, противоречат пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке и нарушают требования части 1 статьи 2 Закона о закупках.

5. Согласно пункту 2 части 10 статьи 4 Закона о закупках в документации о конкурентной закупке должны быть указаны, в том числе, требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке.

Согласно инструкции по заполнению формы технического предложения участника Аукциона, участник должен указать, в том числе модели и наименования предлагаемого товара по каждой номенклатурной позиции, а также формой технического предложения предусмотрено, что участник должен указать производителя предлагаемого к поставке

товара.

Также, Закон о закупках не устанавливает обязанности участника закупки иметь товар, предлагаемый к поставке по предмету закупки, в наличии на момент подачи заявки на участие в закупке, в связи с чем участник может не обладать информацией о модели предлагаемого к поставке при заполнении заявки на участие в закупке.

Таким образом, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что действия Заказчика, противоречат подпункту 2 пункта 32 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают требования части 1 статьи 2, пункта 2 части 10 статьи 4 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

6. Пунктом 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках установлено, что в документации о конкурентной закупке должны быть указаны требования к участникам такой закупки.

Пунктом 1.7.1.1 Документации установлено квалификационное требование к участникам Аукциона, а именно:

«Участник должен иметь опыт по фактически поставленному инженерному и технологическому оборудованию на объекты строительства, стоимость которого составляет не менее 20% (двадцати процентов) начальной (максимальной) цены договора без учета НДС, установленной в приложении № 1.1 к аукционной документации. При этом учитывается стоимость всего поставленного участником закупки (с учетом правопреемственности) инженерного и технологического оборудования (по выбору участника закупки) на объекты строительства.

В случае участия в закупке нескольких лиц на стороне одного участника, соответствие квалификационному требованию рассматривается в совокупности на основании информации, представленной в отношении лиц, выступающих на стороне участника. В подтверждение опыта поставки инженерного и технологического оборудования на объекты строительства участник в составе заявки представляет:

- документ, подготовленный в соответствии с Formой сведений об опыте выполнения работ, оказания услуг, поставки товаров, представленной в приложении № 1.3 к аукционной документации о наличии требуемого опыта;

и

- накладные о поставке инженерного и технологического оборудования на объекты строительства;

и

- договоры на поставку инженерного и технологического оборудования на объекты строительства (предоставляются все листы договоров со всеми приложениями, в том числе с приложением перечня оборудования поставляемого по договору);

- документы, подтверждающие правопреемство в случае предоставления в подтверждение опыта договоров, заключаемых иными лицами, не являющимися участниками закупки (договор о правопреемстве организации, передаточный акт и др.).».

Вместе с тем, отсутствие у участника закупки опыта поставок инженерного и технологического оборудования, а также подтверждающих документов в соответствии с пунктом 1.7.1.1 Документации, не является подтверждением невозможности надлежащего исполнения обязательств по договору, заключаемому по результатам Аукциона, и не влияет на возможность надлежащего исполнения таким участником обязательств по договору, заключаемому по результатам закупки, поскольку участником Аукциона могут быть осуществлены поставки иного оборудования надлежащим образом.

Кроме того, учитывая, что участником Аукциона могут быть, в том числе субъекты малого и среднего предпринимательства (далее — СМП), Заказчиком ограничена возможность участия в закупке только созданных субъектов СМП и не обладающих опытом поставок товаров по предмету Аукциона.

Таким образом, вышеуказанные действия Заказчика, установившего к участникам Аукциона неправомерное требования о наличии опыта по поставке инженерного и технологического оборудования, ограничивают количество участников Аукциона, противоречат подпункту 2 пункта 33 Положения о закупке, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушают пункт 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках, что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которых предусмотрена частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Учитывая изложенное, в соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссией ФАС России принято решение о необходимости выдачи предписания, направленного на устранение выявленных нарушений.

На основании вышеизложенного и в соответствии с частями 17, 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции Комиссия ФАС России

РЕШИЛА:

1.

1.

1. Признать жалобу ООО «ОЗТМ» (ИНН: 5501160766, ОГРН: 1155543049573) на действия (бездействие) заказчика ОАО «РЖД» (ИНН: 7708503727, ОГРН: 1037739877295) при проведении аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства, № 7732/ОАЭ-ДКРС/19 на право заключения договора на поставку инженерного и технологического оборудования на объекты строительства ОАО «РЖД» (извещение № 31908579026) обоснованной.
2. Признать ОАО «РЖД» нарушившим часть 1 статьи 2, часть 6 статьи 3, пункты 2, 9 части 10 статьи 4 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».
3. Выдать ОАО «РЖД» обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений, в соответствии с принятым Комиссией ФАС России решением от 28.01.2020 № 223ФЗ-71/20.
4. Передать соответствующему должностному лицу Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России материалы дела от 28.01.2020 № 223ФЗ-71/20, для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его вынесения.